

民法解释选择问题的分析框架

以或有期间概念为分析范例

沈健州*

摘要 民法解释选择问题,是关于如何对民法学范畴内的事实判断和价值判断结论进行理解和表达的问题。其既不同于事实判断和价值判断本身,也不同于法律解释学。将解释选择作为一种独立问题类型的思维方式已在相当范围内得到运用,但其分析方法却未得到应有关注。对解释选择问题的分析须从识别对象、理解对象以及对理解的表达三个环节依次展开,其中任何一个环节存在分歧,均可能导致最终结论的差异。建构民法解释选择问题的分析框架,一方面可为不同的解释路径提供相对客观、理性的评判标准;另一方面也为前见各异的讨论者提供了可进行有效交流的平台。

关键词 解释选择 分析框架 或有期间 民法学方法论

一、问题的提出

自“休谟难题”的提出以来,事实判断与价值判断的区分已渐成通识,民法学领域自不例外。^{〔1〕}而在民事法律规范的设计、适用或民法学知识的梳理过程中,基于民法学的认知结构和语言体系,选择何种路径对一定的事实判断和价值判断结论进行解释、描述和表达,则是不同于事实判断或价值判断本身的另一类问题。我国学者王轶最早将这类问题单独归纳,并将

* 中国人民大学法学院博士研究生。本文系中国人民大学2017年度拔尖创新人才培养资助计划成果。

〔1〕 “休谟难题”是指从“是”的命题无法推导出“应该”的命题,即事实判断无法推导出价值判断。参见(英)休谟:《人性论》(下册),关文运译,商务印书馆2009年版,第505-506页。

其命名为解释选择问题。^{〔2〕}

解释选择这一概念的提出,最早是服务于我国物权变动模式的立法选择这一制度性问题的讨论,其核心功能在于说明物权变动模式的立法选择既非事实判断也非价值判断问题,^{〔3〕}并由此指出,讨论者无法仅仅通过事实判断和价值判断两类问题的论证理由,来证明一个解释选择问题。^{〔4〕}而将解释选择单独区分为一类问题并加以研究,其意义远不止于此。在宏观层面,民法所关注的事实判断和价值判断问题,最终均需经由解释选择的过程,以实定法文本的形式呈现。^{〔5〕}对于民法学领域内诸多事实判断和价值判断结论,选择何种逻辑进路加以理解,选择何种概念用语加以表达,直接影响着民法学的知识结构和话语体系,最终将影响民法学理论大厦的“建筑质量”。在微观层面,准确识别不同的问题类型,并充分关注不同问题的论证范式,对具体问题的讨论具有至关重要的方法论意义:其一,不同类型的问题对应着不同的论证方法,如果不加区分,则可能出现论证的方向性错误,导致“缘木求鱼”;其二,对于同一个制度性问题,讨论者可能在不同的层面上存在分歧,如果不能依次辨别分歧的问题属性,所展开的讨论可能并无交集,导致“关公战秦琼”;其三,不同类型问题的重要程度以及达成共识的必要程度存在差异,在讨论次序上也有轻重缓急之分。^{〔6〕}

在民法典制定的过程中,学界曾就诸多解释选择问题展开过讨论,例如:应否以“公序良俗”代替《民法通则》中的“社会公德”和“社会公共利益”;^{〔7〕}应以“法律行为”还是“民事法律行为”来指称以意思表示为核心要素的表示行为;^{〔8〕}未成就则民事法律行为不发生效力的所附条件应规定为“生效条件”“延缓条件”抑或“停止条件”等。^{〔9〕}这些问题均不涉及价值判断本身,而仅涉及对价值判断结论的解释、描述和表达。除传统民法学领域之外,在问题类型上将解释选择与事实判断、价值判断等问题进行区分的思维方式,也已被运用在诸如刑法

〔2〕 在该理论框架内,除事实判断、价值判断、解释选择三种问题类型之外,尚有立法技术和司法技术两种问题。但由于后两种问题类型与解释选择问题关系较远,本文暂不作进一步讨论。参见王轶:“对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服”,《法制与社会发展》2006年第1期,第94页。

〔3〕 参见王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第15—17页。

〔4〕 参见王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第102—108页。

〔5〕 当然,在当前语境下,此处的“实定法文本”还应当包括司法解释文本。

〔6〕 参见王文胜:“论民法典立法讨论中不同类型问题的轻重缓急”,《北航法律评论》2016年第1辑,第95—106页。

〔7〕 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第50—51页。

〔8〕 参见陈卫佐:“《民法总则》中的民事法律行为——基于法律行为学说的比较法分析”,《比较法研究》2017年第4期,第77页;席志国:“《民法总则》中法律行为规范体系评析”,《浙江工商大学学报》2017年第3期,第24—25页。

〔9〕 参见崔建远:“论法律行为或其条款附条件”,《法商研究》2015年第4期,第30页。

学、^[10]行政法学、^[11]诉讼法学、^[12]商法学、^[13]婚姻法学、^[14]环境法学、^[15]知识产权法学^[16]和劳动法学^[17]等諸多部门法的研究中。可见,对于解释选择这一问题类型的区分,学界已在一定程度上达成了共识。

有学者指出,“解释选择”与通常法律适用过程中所说的“法律解释”容易混淆,应进一步说明两者关系。^[18]在笔者看来,解释选择问题与法律解释问题处于不同层面,但在一定情况下可能出现交集。司法过程中的法律解释可能依不同情形存在事实判断、价值判断和解释选择的问题:①面对待决案件,解释者首先须在法律文本中探求可直接作为裁判依据的“意思”。^[19]法律文本中是否存在相应的“意思”,以及存在何种立场的“意思”,属于事实判断问题。②在法律文本的“意思”不甚明确抑或出现法律漏洞时,法律解释结论便无法仅通过事实判断得出。^[20]此时解释者的“阐释”态度(interpretive attitude)将会影响最终的解释结论。^[21]这在相当程度上就是解释者面对利益冲突作出价值判断的过程。③在作出价值判断之后,解释者在形式上选择此种或彼种解释路径来支撑所欲表达的价值判断结论,就属于解释

[10] 参见王充:“论构成要件的属性问题——违法·有责类型说的提倡”,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期,第98页;王充:“问题类型划分方法视野下的犯罪概念研究”,《中国人民大学学报》2012年第3期,第136—140页。

[11] 参见郑泰安、郑文睿:“第三方评估立法的有效性研究——以党的依法治国决定为主线的考察”,《社会科学研究》2015年第6期,第93—95页。

[12] 参见黄忠顺:“再论诉讼实施权的基本界定”,《法学家》2018年第1期,第69—70页;肖建国、黄忠顺:“诉讼实施权理论的基础性建构”,《比较法研究》2011年第1期,第87页。

[13] 参见傅穹:“商法营利性思维与民事主体制度”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2017年第3期,第50页;刘斌:“民法典编纂中商事担保的立法定位”,《华东政法大学学报》2018年第4期,第115页。

[14] 参见龙翼飞、窦冬辰:“遗产归扣制度在我国的适用”,《法律适用》2016年第5期,第65页。

[15] 参见王雷:“生命伦理学理念在我国民法典中的体现——以环境权为视角”,《法学评论》2016年第2期,第79页。

[16] 参见顾敏康、关韬睿:“商标使用许可增值利益分配与损失分担”,《华南师范大学学报(社会科学版)》2015年第3期,第129页。

[17] 参见郑文睿:“涉承包类案件的法律困境释疑——围绕劳动关系展开的探讨”,《理论与改革》2014年第5期,第153—154页。

[18] 参见许德风:“民法学研究的中國路径——评王轶:《民法原理与民法学方法》”,《法学评论》2012年第4期,第156页。

[19] 关于法律解释的一项操作性定义是,“法律解释是对法律文本的意思的理解和说明”。参见张志铭:《法律解释学》,中国人民大学出版社2015年版,第11页。

[20] 如知假买假的“职业打假人”是否属于《消费者权益保护法》所规定的“消费者”这一问题,就无法仅仅通过对法律文本在形式规范层面的事实判断加以回答,而需要在法律的功能层面展开分析。对这一问题更为详细的讨论,参见熊丙万:“法律的形式与功能——以‘知假买假’案为分析范例”,《中外法学》2017年第2期,第309—313页。

[21] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999, pp. 46—47.

选择问题。^{〔22〕}此时,相同的价值判断结论可能通过不同的路径加以解释和表达。^{〔23〕}对此,“欲加之罪,何患无辞”这一成语或可成为一个极端的例证。^{〔24〕}

从目前的研究看来,学界已经有意识地对民法价值判断问题进行方法论层面的探索,^{〔25〕}但对民法解释选择问题的研究方法却未给予应有关注。方法论的缺失无疑将有碍问题的实质性讨论。在民法典的制定过程中,学界所讨论的一个极具代表性的解释选择问题,就是应否采纳或有期间这一概念。尽管《民法总则》最终没有单独规定或有期间,学界的讨论也并未就此止步。^{〔26〕}然而,由于缺乏作为基本共识的分析框架,不同讨论者或是在一些无须考虑的因素上着墨过多,或误将另一论域的问题不当地纳入讨论范围,从而掩盖或淡化了分歧的实质,使得有效交流难以展开。^{〔27〕}

有鉴于此,本文将致力于提出并论证民法解释选择问题的分析框架,并以或有期间概念作为一个“解剖麻雀”式的分析范例,对分析框架进行系统地检验和呈现。本文希望,分析框架的提出可以为诸多解释选择问题提供展开有效论证的路径指引,从而提高讨论的针对性和精细化程度,同时也能有助于不同讨论者有意识地区分问题类型,并对不同类型问题的研究方法给予更多关注。

二、解释选择对象的识别

识别解释选择的对象,是分析解释选择问题的第一环节。讨论者所有的理解和表达,都是围绕着一一定的对象展开的。而解释选择的对象,决定了在解释选择层面展开讨论的论域。如

〔22〕 在法律的解释和适用过程中,这一思维方式客观存在,甚至有学者主张以这一思维方式来克服法教义学的弱点。参见纪海龙:“法教义学:力量与弱点”,《交大法学》2015年第2期,第102页。

〔23〕 以知假买假的“职业打假人”得否请求惩罚性赔偿这一价值判断问题为例,持赞成意见的解释者在论证过程中,均必须将知假买假者解释为消费者,但其解释路径有所不同。一种解释路径是,消费者这一概念与经营者对应,只要买受人未将购买商品用于再次经营销售,就应当认定为消费者。参见最高人民法院2014年第23号指导性案例(孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案)。另一种解释路径是,消费者有购买商品的权利,即便该权利被多次行使,也不应就此否定其消费者的身份。参见北京市石景山区人民法院(2014)石民初字第541号民事判决书。

〔24〕 当然,这并不代表笔者认同以文本规范作为托词来掩盖裁判恣意性的做法。恰恰相反,正如本文所主张的那样,即便就解释选择问题本身展开讨论,也必须遵循分析框架之下的论证规则。

〔25〕 参见王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,《中国社会科学》2004年第6期,第104—116页;王毅纯、钟维:“民法价值判断问题:识别方法、论证规则与分析框架”,《私法研究》2015年第1期,第35—51页。

〔26〕 参见冯瑛:“或有期间概念之质疑”,《法商研究》2017年第3期,第140—150页。

〔27〕 在关于或有期间概念问题的讨论中,冯瑛的“或有期间概念之质疑”一文以较大的篇幅在解释选择问题层面质疑了或有期间这一概念的正当性,而夏沁的“或有期间三论”一文并未讨论或有期间在解释选择层面的问题,不同维度的讨论使得两篇关于同一主题的文章交集甚少,有效交流并未展开。同上注,第141—146页;参见夏沁:“或有期间三论”,《北方法学》2017年第1期,第156—160页。

果不同讨论者所进行理解和表达的对象不同,则两者在论域上很可能并不存在交集,有效的交流就无从展开。因此,识别对象是确保讨论有效性必不可少的环节。

民法规范的核心任务就是协调利益关系。^[28] 一项最终以实定法面目呈现的民法规范,其中必然包含对现实世界客观存在的利益关系的承认,即事实判断,以及对该利益关系作出的协调策略,即价值判断。而此处的事实判断和价值判断结论,也就是民法规范所要解释和表达的对象。至于事实判断结论是否真实,价值判断结论是否正当,均非在解释选择层面关注的问题。解释选择问题仅仅关注,这些事实判断和价值判断结论应当如何通过民法规范加以解释和表达。这就要求,不同讨论者在解释选择层面展开的讨论,必须针对相同的事实判断和价值判断结论,即必须存在相同的解释选择的对象。

如果在事实判断和价值判断结论上存在差异,则由于解释选择的对象不同,讨论者难以在解释选择层面展开有效交流。在此情况下,如果选择的解释路径不同,则不同讨论者实为秉持不同的事实判断或价值判断结论而各圆其说,在解释选择层面的讨论注定是“关公战秦琼”;如果恰巧选择了相同的解释路径,则往往会造成更大的误会——不同讨论者看似都认可相同的规范表述,但在对规范进行具体适用时,却得出大相径庭的适用结果。^[29] 这种貌合神离的“共识”掩盖了分歧的本质,无论对于民法的安定性还是民法学的交流,其负面影响都不容忽视。

为避免上述尴尬局面的出现,在对解释选择问题进行分析 and 讨论的第一环节,不同讨论者应当有意识地对解释选择的对象进行检验。就立论者而言,要使他人能更为准确地理解自己所提出的解释路径,首先需要明确指出解释路径所进行理解和表达的对象,即自己所认同的事实判断和价值判断结论。如果讨论的相对方也认同这一事实判断或价值判断结论,则可以进入解释选择问题讨论的下一个环节;若讨论的相对方对于己方所主张的事实判断或价值判断有异议,则必须先就该异议展开讨论。就驳论者而言,其论点直接表现为否定立论者解释选择的最终结论,但其也仍有可能与立论者存在某种层面上的共识。要使讨论更富针对性,驳论者在这一环节应当首先考察立论者的解释选择对象,从而区分讨论双方的分歧究竟发生在事实判断和价值判断层面,还是解释选择层面。如此,即使讨论双方最终分别选择了不同的解释路径,但也仍有可能在解释选择的对象上,即在事实判断或价值判断上,达成共识。

当然,事实判断和价值判断层面的分歧很可能无法仅仅通过讨论消除,但只要不同的讨论者均有意识地对解释选择的对象和解释路径本身两个不同层面的问题加以区分,可以期待的场景是,持守不同价值取向的讨论者,不仅不会在价值判断结论有分歧的情况下进行解释选择

[28] 参见王轶,见前注[2],第93页。

[29] 例如,《消费者权益保护法》第55条规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍……”不同讨论者对于这一具体规范并无异议,但对于知假买假的买受人是否得依该条请求惩罚性赔偿,不同讨论者却给出了截然相反的答案。对于这一示例的精彩评述,参见熊丙万,见前注[20],第313—314页。

层面的无谓争论,甚至还有可能向对方表示:“如果我的价值判断结论和你相同,我也有可能选择和你相同的解释路径。”

三、对解释选择对象的理解

要对解释选择的对象进行描述和表达,必须经历认知和理解。正如拉伦茨所言,“每一个专业术语中都凝练着某个复杂的思维过程,只有这方面的专家才了解术语背后的这个过程。”^[30]而事实上,对于尚未形成通识的专业术语,即便在“专家”之间,也可能存在不同的思维路径,可谓“同床异梦”。这意味着,面对相同的解释选择对象,不同讨论者在认知和理解上的差异,也可能最终导致解释选择的分歧。

根据现代哲学解释学的观点,理解和解释之所以可能,是由于解释者存在前结构或曰前见。“把某某东西作为某某东西加以解释,这在本质上是通过先行具有、先行视见与先行掌握来起作用的。”^[31]解释者的前见不同,理解的方式则可能各异。与此同时,偏见是前见中的应有之义。占据解释者意识的前见,并不是解释者自身可以自由支配的;解释者并不能自发地区分有助于理解的前见与导致误解的偏见。^[32]尽管如此,合理的偏见与非合理的偏见也仍可在无限的语言的问答过程中得到澄清。^[33]而在这一过程中,基于最起码的理性,对不同理解方式进行客观的分析和评判,可以从以下三个方面进行考察。

(一)理解方式的逻辑融贯与简练

逻辑融贯是任何一种理解方式具备基本理性的最低要求。正如同卡多佐法官所指出的那样,人们对逻辑性有着天然的强烈爱好。^[34]此处,理解方式的逻辑融贯包括两个方面:其一,理解方式自身须逻辑自洽,能够使解释对象得以通过该种理解方式被人合乎逻辑地理解;其二,理解方式应维持与既有民法理论体系之间的逻辑和谐,不得有违民法的体系强制。^[35]逻辑更为自洽,更能在逻辑上照顾既有民法理论体系的理解方式,则更优。

当然,不同的理解方式会本能地追求逻辑上的融洽与连贯,但逻辑上的例外时常难以避免。这通常表现为将解释对象适用于某种理解方式时,会在特定情况下出现逻辑障碍,而这一障碍须在逻辑上稍作变通方可消除,有时甚至无法消除。例外的存在无疑将有损于理解方式

[30] (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第37页。

[31] (德)马丁·海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映、王庆节译,生活·读书·新知三联书店1999年版,第176页。

[32] 参见(德)汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《诠释学I:真理与方法——哲学诠释学的基本特征》,洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,第418页。

[33] 参见何卫平:《解释学之维——问题与研究》,人民出版社2009年版,第69页。

[34] 参见(美)本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2009年版,第17—18页。

[35] 民法的体系强制包括价值层面的实质意义上的体系强制,以及逻辑层面的形式意义上的体系强制。由于解释选择问题的讨论本身不涉及价值判断,此处指的是后一种意义上的体系强制。关于民法体系强制更为详细的讨论,参见王轶,见前注[2],第90—92页。

的逻辑融贯程度,并最终影响理解方式的有效性。因此,例外更少的理解方式逻辑融贯程度更高,也就更为可取。

在逻辑融贯程度相当的情况下,可以借鉴奥卡姆剃刀原理,进一步考察不同理解方式在逻辑上的简练程度。逻辑的融贯程度影响着理解方式的有效性,如果把这作为理解收益,那么逻辑的简练程度则影响着理解成本。在理解收益相当的情况下,逻辑环节更多的理解方式则意味着更重的思维负担和更大的理解难度,即更高的理解成本。相较之下,逻辑更为简练的理解方式显然更容易被其他讨论者所接受,更有助于共识的凝聚,因而更优。

就理解方式的逻辑融贯与简练而言,主张某种解释路径的立论者往往要承担更重的论证责任,即尽可能详细而无所遗漏地检验该解释路径在理解方式上的逻辑融贯性,证明其不存在例外或仅存在极少数可以忽略不计的例外,且比其他逻辑融贯程度相当的理解方式更为简练,方可初步证明该种理解方式是更优的。^[36] 相较之下,驳论者只须在该种理解方式的诸多适用情形中,找到逻辑不甚融贯之处,抑或找到其他逻辑融贯程度相当但逻辑环节更少的理解方式,便可对立论者的主张提出有效反驳。

(二)理解方式的抽象性及其体系效应

对于同一个解释选择的对象,可能存在逻辑融贯与简练程度相当的多种理解方式。此时,可以进一步从抽象性上对不同的理解方式进行考察。

解释的有效性同时也是哲学解释学的关注范畴。在哲学解释学看来,对既有解释对象的新的理解方式是否可被接受,在很大程度上与该理解方式的抽象性有关。^[37] 理解方式的抽象性,是指理解方式能够根据解释对象的本质特征抽象出一般性的逻辑基础,得以超越解释对象本身而普遍适用。^[38] 如果某种理解方式具备抽象性,人们在将某个解释对象以该种方式加以理解的时候,无形中也就理解了其他可以适用该种理解方式的解释对象,在理解上形成“一次付出,多次收益”的局面。就此而言,理解方式的抽象性越强,能够重复适用的情形越多,所能带来的理解收益就越大,也就越能减轻人的思维负担,因而更具有有效性。反之,如果某种理解方式只能绝无仅有地适用于某一个解释对象而不能普遍适用,则既不能增加理解收益,也无法减轻人的思维负担,几乎无异于不加理解,而径直将该解释对象归为“无名的例外”。

但必须注意的是,一种新的理解方式,除可用于理解那些讨论者所欲进行解释的对象之

[36] 这一论证思维的运用,可参见沈健州:“从概念到规则:网络虚拟财产权利的解释选择”,《现代法学》2018年第6期,第45—52页。

[37] 参见康宇:“论儒家诠释学中的两个基本向度——以郑玄、朱熹对经典的解读为中心”,《哲学研究》2014年第9期,第53页。

[38] 在哲学解释学领域,更多使用的是“形上性”这一表述,但其与“抽象性”基本同义。方便起见,笔者采用了更为通俗的后者。参见王金凤:“经典诠释的有效性何在——基于北宋理学经典诠释有效性要素的考察”,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第81页。

外,还可能产生体系效应,即同样可用于理解一些讨论者最初无意解释的对象。^[39] 如果将既有的民法学概念体系比喻成一个人体,那么这种处于讨论者最初“意料之外”的体系效应,就如同被医生遗忘的药物副作用。因此,就如同药物副作用必须被说明一样,立论者也应当充分考察新理解方式的体系效应,以免挂一漏万,对既有的民法学概念体系带来不必要的冲击。

这无形中给提出新理解方式的立论者负担了一项论证责任,即必须尽可能地考察能够适用于该种新理解方式的所有情形。具体而言:①立论者须全面梳理既有民法规则中能够在形式上适用该种新理解方式的所有情形;②考察这些情形中不同规则所承载的价值判断结论,是否都可经由该种新的理解方式准确无误地加以理解;③如果某种情形下的价值判断结论无法被该新的理解方式所承载,则必须明确将其作为该种理解方式的例外。只有在这种新的理解方式可以准确无误地适用于符合形式要求的绝大多数情形,而没有例外或仅有极少例外时,该种新的理解方式才能通过这一环节的检验。

(三)理解方式的“惯性原理”

面对需要理解的对象,讨论者会自然而然地首先选择尝试使用既有的理解方式。既有的理解方式由于被长期使用,其往往会演变为不同讨论者的思维规律,因此呈现出“惯性”。理解方式的“惯性”并不仅仅是讨论者下意识的反应,其背后也存在着正当的理性基础:在理解力相当的情况下,相较于新的理解方式,使用既有的理解方式无须额外付出理解成本,因而更能减轻人的思维负担。

毫无疑问,如果新理解方式无法在理解力上超越既有的理解方式,其自然不足取。但如果新理解方式的理解力只是略优于既有的理解方式,其也未必是理所当然的选择。毕竟新的理解方式还意味着额外的理解成本,不同讨论者未必乐于接受这种新的理解方式,而往往更宁愿将既有的理解方式稍加变通,在逻辑上“委曲求全”。事实上,这样的思维方式也并不缺乏理性基础。正如学者所指出的那样,“尊重习惯和先例在心理学上被称作‘路径依赖’,‘路径依赖’的隐含义就是拒绝纠正错误,当纠错成本超过错误预期损失的时候,延续某种错误就是理性的选择。”^[40]

当然,此处还需考虑既有理解方式的“惯性”大小。一般而言,既有的理解方式在逻辑上越是融贯和简练,抽象程度越高,其理解力就越强,也就越容易得到学界认可,进而成为通行的理解方式。而学界的认可程度越高,要改变这一既有的理解方式就越难,其“惯性”也就越大。反之,如果学界对于某一解释对象本就存在多种理解主张,莫衷一是,则改变既有的理解方式就相对较为容易,其“惯性”也就较小。既有理解方式的“惯性”大小,无疑会影响新理解方式的提出者所负担的论证责任以及所需遵守的论证规则。具体而言,理解方式的“惯性原理”决定了以下两项论证规则:

[39] 在概念设定者的认知和预见能力一定的情况下,理解方式越具抽象性,能够适用的范围越广,则超出概念设定者本意的可能性也就越大。因此可以说,理解方式的抽象程度越高,其体系效应越强。

[40] 桑本谦:“休谟问题的经济学描述及其联想”,《博览群书》2008年第6期,第41页。

①在论证次序上,如果既有理解方式已经取得较高程度的认可,则其正当性不言自明,提出新理解方式的讨论者须承担第一轮论证责任,其不仅需要论证新理解方式的理解力,还必须对既有理解方式提出有效质疑。^[41] 如果并不存在通行的既有理解方式,则主张既有理解方式的讨论者与提出新理解方式的讨论者处于平等的论证地位,平等地展开立论和驳论。

②在论证的实质理由上,如果存在通行的既有理解方式,则提出新理解方式的讨论者必须证明,相较于既有理解方式,其所提出的新理解方式具有显著优势:一方面,新理解方式带来的理解收益明显大于既有理解方式的理解收益;另一方面,新理解方式带来的理解收益明显大于其自身的理解成本及其可能产生的副作用。如果不存在通行的既有理解方式,则讨论者无须证明新理解方式的优势是显著的。于此情形,只要理解收益能够覆盖自身的理解成本和可能产生的副作用,哪怕只是略微优于既有的理解方式,新的理解方式也可被证立。

四、对解释选择对象理解的表达

在对解释选择的对象进行理解之后,要形成最终的解释选择结论,还必须经过表达的过程。面对相同的解释选择对象,不同讨论者可能存在不同的理解方式;而面对相同的理解方式,不同讨论者仍可能作出不同的表达。例如,围绕“以意思表示为核心要素的表示行为”这一解释对象的讨论,就可能在理解和表达两个层面出现分歧。在理解层面,对于这一解释对象中的“意思表示”究竟包含几个内部构成要素,就可能存在多种理解方式,^[42]但无论采哪种理解方式,讨论者最终可能都将这一解释对象表达为“法律行为”。^[43] 而在表达层面,即便不同的讨论者对于“意思表示”的内部构成要素在理解方式上达成了共识,并且都认同“以意思表示为核心要素的表示行为”这一解释对象本身与合法性无涉,也仍然有可能在表达方式上存在“法律行为”与“民事法律行为”的不同倾向。^[44] 对于相同解释对象的不同理解方式,前文已进行了详细阐述,在此仅讨论对于相同理解方式的不同表达。

诚然,表达方式的选择具有较强的主观性。但无论是服务于民法规则设计中的概念表述,还是基于不同讨论者对交流准确和便捷的天然需求,对同一对象的相同理解,均应力求表达方式的统一。因此,仍有必要基于民法学界不同讨论者所分享的大致相同的话语体系,探寻一种最低限度的理性评价标准,以对表达环节的分歧进行分析与评判。在笔者看来,这一评价标准至少涉及以下两个方面。

[41] 关于论证责任分配的更多讨论,参见王轶,见前注[25],第109页。

[42] 对于意思表示的构成要素这一问题,以往理论中存在五要素说、三要素说、二要素说的对立。参见王轶:“论民事法律事实的类型区分”,《中国法学》2013年第1期,第78页。

[43] 有学者认为行为意思、表示意识和效果意思均非意思表示的构成要素,其自然也就不属于法律行为的构成要素。但即便如此,该学者对于“意思表示”和“法律行为”的表达方式也并无异议。参见纪海龙:“走下神坛的‘意思’——论意思表示与风险归责”,《中外法学》2016年第3期,第670—679页。

[44] 参见陈卫佐,见前注[8],第77页;席志国,见前注[8],第24—25页。

(一)用语习惯

毫无疑问,要对解释选择对象的理解进行表达,惟有通过语言。我们不仅支配语言,语言也在支配我们。^[45]以至于伽达默尔略为激进地指出,“一切理解都是语言问题,一切理解都在语言性的媒介中获得成功或失败。”^[46]从解释者的角度来看,对解释选择对象理解的表达,是解释选择问题的最终环节。但从读者的角度来看,一切的意义生成,都起源于解释者的表达用语。^[47]如果解释者的表达用语不能落入潜在读者进行理解预料的公式之中,则可能出现理解障碍。^[48]不难想象,若非身处于同一个民法学知识结构和话语体系的基本语境之下,我们自然也就难以不假思索地准确理解诸如“法律行为”“无因管理”“占有改定”等高度抽象的术语。^[49]就此而言,语境在相当程度上构成了理解的前见。而话语共同体的基本语境,则与话语共同体在长期交往过程中形成的用语习惯密切相关。^[50]在对某种理解方式进行表达的过程中,表达用语越能与话语共同体长期形成的用语习惯相契合,读者的理解成本就越低,该表达用语也就越有可能得到理解和认同,因而更优。而一种新的表达用语是否与长期形成的用语习惯相契合,可以从以下两个方面考察:

其一,新的表达用语是否遵循了语言习惯中的构词方式。在我国民法典采潘德克吞式立法体例的背景下,“种差+相邻属概念”是处于核心地位的构词方式。现有的相当数量专有名词均与这一构词方式相符,如营利法人、单方法律行为、物权请求权、违约责任等等。这一构词方式也与人们习惯于从已知推知未知的理解结构相符。^[51]即便读者不知晓由这一构词法所组成的新概念,也可经由对作为修饰语的“种差”进行理解,进而限定“相邻属概念”的范围。^[52]新概念如能遵循这一构词方式,无疑可以大大降低其他讨论者的理解难度,同时也指明其的上位概念,便于其他讨论者将新概念纳入既有的概念谱系,从而增加新概念被理解和认同的可能。当然,也有一些民法概念并未严格遵循这一构词方式,如不可抗力、清偿抵充等。

[45] 何卫平,见前注[33],第68页。

[46] (德)汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《诠释学Ⅱ:真理与方法——哲学诠释学的基本特征》,洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,第230页。

[47] 对于文本意义的生成,卡勒认为包括作者意图(intention)、文本(text)、语境(context)和读者(reader)四个要素。See Jonathan Culler, *Literary Theory: A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press, 1997, p.65.

[48] 参见伽达默尔,见前注[46],第232页。

[49] 有学者形象地将这称为职业法律群体的“行话”或“口诀”。参见苏永钦:“以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议”,《人大法律评论》2010年卷,第9页;许德风:“法教义学的应用”,《中外法学》2013年第5期,第973页;熊丙万,见前注[20],第308页。

[50] 词语并非具有先天必然的逻辑,而是一种约定俗成的产物。参见陈波:“语言和社会建构论”,《中国社会科学》2014年第10期,第133页。

[51] 已知的事物将会被人们作为认知未知事物时的参照系。参见殷鼎:《理解的命运》,生活·读书·新知三联书店1988年版,第254—255页。

[52] 例如,若某一读者不知晓“单方法律行为”这一概念,也可通过理解“单方”这一修饰语,进而对“法律行为”进行限定,将合同与决议排除在“单方法律行为”这一概念之外。

这意味着新概念的提出并不必然遵循“种差+相邻属概念”这一构词方式。但在此情况下,由于背离这一构词方式将导致新概念的理解难度增加,新概念的提出者无疑将承担更重的论证责任。

其二,新的表达用语是否具备足够的辨识度,不易与其他既有概念相混淆。易于混淆的表达用语无疑更难理解,因此辨识度更高的表达方式更优。但由于语言发展总是滞后于语用需求,新概念的表达用语并不总是尽如人意。^[53] 如果新概念的表达用语存在与既有概念产生混淆的可能,则主张新概念的讨论者就负有进一步对两者进行辨析和说明的论证责任。^[54]

(二)表达的充分与准确

由于解释者和读者之间的前见差异,当解释者提出一种新的理解方式时,读者总是难以如同解释者那样对其准确无误地把握。前见差异的无可避免决定了读者的理解难度总是存在,而这时常造成交流过程中的歧义和误解。解释者虽然无法左右读者的前见,但仍然可以通过选择那些对意义的表达更为充分和准确的表达方式来降低读者的理解难度。当然,法学概念的表达并不先天排斥人的审美需求,对此,语言优雅的《法国民法典》就是一个很好的例证。但毕竟交流才是语言的首要功能。^[55] 法学概念的表达用语首先应当服务于交流的便捷,审美需求的满足不过是锦上添花,其必须以无损于表达的充分与准确为前提。就此而言,表达用语不宜含蓄婉转,更不可如艺术作品般刻意“留白”。解释者能够通过表达用语明确指出的含义,就不应交由读者去思考 and 想象,务求“书尽言,言尽意”。

但也同时需要考虑另一个向度的问题:由于现实生活不断发展变化,新概念的表达有必要保持一定的开放性。而开放性的存在无疑会影响概念的精确程度。因此,新概念的提出者必须在精确性和开放性之间力求平衡。在笔者看来,这一平衡的判断基准,就在于读者所面临的潜在理解难度。读者所面临的潜在理解难度越高,解释者对概念意义的表达自然就需要更为充分和准确,但这一表达的充分与准确程度只需与读者的潜在理解难度大致相当,过犹不及。而读者面临的潜在理解难度,可以通过两个方面加以考察:一方面,由于既有的民法学知识体系构成了读者前见的核心部分,新概念所蕴含的理解方式与既有民法学概念中的理解方式之间的相似程度,就直接决定了读者面对新概念时的理解难度。两者的相似程度越高,则理解难度越低。例如,在首次面对“人格权请求权”这一新概念时,由于物权请求权的存在,而人格权与物权同属绝对权,两者的理解方式几乎相同,读者的理解难度因此大大降低。^[56] 反之,若

[53] 关于语用需求与语言发展的关系,可参见张莉:“修辞语用与一词多义的形成”,《河北学刊》2008年第4期,第208页。

[54] 正如前文所进行的说明那样,由于“解释选择”这一表达用语与既有的“法律解释”概念存在潜在的混淆可能,因此笔者负有对两者进行辨析和说明的论证责任。

[55] 参见陈波,见前注[50],第124—126页。

[56] 首次系统论证人格权请求权的我国学者就采用了这一论证方式,即通过将人格权与物权在权利属性上进行类比,并以物权请求权说明了人格权请求权。这一简短的说明方式确实有效地使读者理解了人格权请求权。参见杨立新、袁雪石:“论人格权请求权”,《法学研究》2003年第6期,第57—58页。

新概念所蕴含的理解方式与既有概念中的理解方式相去甚远,则读者将面临较高的理解难度。另一方面,新概念的理解难度与其自身理解方式的复杂程度有关,理解方式的复杂程度越高,读者所面临的理解难度自然越大。

这无疑为新概念的提出者提供了表达方向上的指引。以“种差+相邻属概念”的表达方式为例:新概念所蕴含的理解方式越是复杂,与既有概念的理解方式差异越大,新概念的表达就需要更为侧重精确性,以更富实质含义的“种差”来限定“相邻属概念”,同时尽可能明确、完整地指出新概念所概括的子项。反之,新概念所蕴含的理解方式较为简单,与既有概念的理解方式差异较小,新概念的表达就应更为侧重开放性,即便以虚词作为“种差”,对所概括的子项进行象征性列举,亦无不可。^[57]

五、分析框架的效用检验:以或有期间概念为例

无论相较于既有的民事事实定法,还是既有的民法学理论,或有期间都是一个全新的概念。“或有期间,即决定当事人能否获得特定类型请求权、形成权等权利的期间。一旦当事人在或有期间内依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定的行为,其即可获得相应类型的请求权、形成权等权利。当事人在或有期间内未依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定行为,即不能获得相应类型的请求权、形成权等权利。”^[58]

或有期间这一概念的提出,旨在对既有民法规范进行重新梳理,以期更好地理解 and 表达,因而属于解释选择层面的问题。而在现有的诸多民法解释选择问题中,学界对于或有期间概念存在颇大争议,其讨论的维度也最为丰富、最具代表性。职是之故,笔者将运用上文提出的分析框架,对或有期间概念本身的得失以及学界对其在不同层面的讨论进行逐一分析,以此系统地检验和呈现这一分析框架。

(一)或有期间的解释选择对象

或有期间概念的提出者意在以或有期间这一概念来统摄诸如《担保法》第25条、第26条所规定的保证期间以及《合同法》第158条所规定的检验期间等期间类型。^[59]因此,在对上述期间是否应被解释和表达为或有期间这一问题展开讨论之前,须首先考察不同讨论者是否已对上述规则中所承载的事实判断和价值判断结论达成共识。主张或有期间概念的讨论者,

[57] 《民法总则》关于除斥期间的规定便是如此。《民法总则》第199条规定:“法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间,除法律另有规定外,自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算,不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满,撤销权、解除权等权利消灭。”相较于《民法通则》,《民法总则》所规定的除斥期间属于实定法上的新概念。尽管此处限定“期间”这一相邻属概念的“种差”十分含糊,在子项上也仅是象征性列举,但由于除斥期间的理解方式较为简单,且该理解方式与作为既有概念的诉讼时效的理解方式较为相近,这一表达方式并不会造成理解障碍。

[58] 王轶:“民法总则之期间立法研究”,《法学家》2016年第5期,第156页。

[59] 同上注,第156页。

其论证的展开是建立在认同现有规则的基础之上的。^{〔60〕}而质疑或有期间概念的讨论者则认为,保证人保证期和买受人检验期的现有规则应予修正。^{〔61〕}

可见,质疑或有期间概念的讨论者在这一环节的论证,并非针对将保证人保证期及买受人检验期理解和表达为或有期间,而是质疑解释选择的对象本身。^{〔62〕}这直接导致了解释选择对象识别上的分歧:前者的解释对象为现有的期间规则,后者的解释对象为修正之后的期间规则。前者的论点在于,现有规则可以解释和表达为或有期间;而后者的论点在于,现有规则的正当性存疑,如果买受人检验期规则发生重大调整,该期间就未必能解释和表达为或有期间。^{〔63〕}由于解释选择的对象不同,双方在解释选择层面的论域不存在交集,充其量也只能各圆其说。要使双方的交流能够有效进行,讨论的焦点必须回复至最初出现分歧之处,即《担保法》第25条、第26条以及《合同法》第158条的实质正当性这一价值判断问题。只有在对这一价值判断问题达成共识之后,双方才存在相同的解释选择对象,才能在解释选择层面展开关于或有期间的理解方式和概念表达等问题的有效讨论。

而正如前文一再表明的,解释选择是不同于事实判断和价值判断的另一层面的问题。因此,针对解释选择对象所展开的讨论,无法代替解释选择问题本身的讨论。即便讨论者在事实判断层面论证了民法分编中存在不同于诉讼时效和除斥期间的独立期间类型,并在价值判断层面论证了该独立类型的期间具有存在的正当性,也并不足以说明该种期间就应该被解释和表达为或有期间。^{〔64〕}而要证立这一观点,讨论者除证明上述期间不能归纳为诉讼时效和除斥期间这两类既有的期间类型之外,还须证明上述期间符合或有期间的理解方式和表达方式,可以被妥当地理解和表达为或有期间。但事实上,学界对于或有期间概念的主要争议恰恰发生在这一层面。因此,有必要从理解和表达的环节对或有期间这一概念作进一步分析。

(二)或有期间对解释选择对象的理解

相较于既有的期间类型,或有期间最大的与众不同之处即在于其理解方式:无论诉讼时效还是除斥期间,其均适用于民事主体业已享有的权利,期间届满将给权利人带来不利益;但在或有期间的理解方式中,民事主体于期间伊始并无相应权利,若该主体在期间届满前为特定行为,则取得相应权利。或有期间概念的提出,最初是为了给保证期间和检验期间提供逻辑更为

〔60〕 王轶,见前注〔58〕,第156—159页。

〔61〕 参见冯珏,见前注〔26〕,第147—148页。

〔62〕 在立法论的角度,保证人保证期和买受人检验期规则是否妥当,确实值得讨论。但这是另一个层面的问题。参见张谷:“论约定保证期间——以《担保法》第25条和第26条为中心”,《中国法学》2006年第4期,第121—123页;武腾:“合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间”,《法律科学》2013年第5期,第89—90页。

〔63〕 当然,就论证效力而言,若质疑者仅仅意图反对或有期间这一概念,其对或有期间的解释选择对象展开批驳,无疑也可以达到其论证目的的。但这似乎超出了或有期间概念的提出者所意图讨论的范围。就如同对于民法典各分编中诸多制度性问题的争议,不同观点的讨论者不会把反对制定民法典的讨论者当做潜在的讨论对手一样。

〔64〕 采用这一路径对或有期间加以论证的,参见夏沁,见前注〔27〕,第150—160页。

融贯的理解方式,并且,提出或有期间概念的讨论者也是通过保证期间和检验期间来力图证明或有期间概念存在的必要性。因此,这一部分对或有期间概念理解方式的考察,将主要围绕保证期间和检验期间展开。

1.或有期间理解方式的逻辑考察

①保证期间。根据《担保法》第25条、第26条之规定,在一般保证的情况下,若债务履行期届满之日起六个月内,债权人未对债务人提起诉讼或申请仲裁的,保证人免除保证责任;在连带保证的情况下,若债务履行期届满之日起六个月内,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。就价值判断的结论而言,在债务履行期届满后,保证期间届满前,若债权人未依《担保法》第25条、第26条之规定为相应行为的,不得径行向保证人主张保证责任;若债权人直至保证期间届满时仍未为相应行为,则债权人对保证人确定不享有权利,此时保证人向债权人为给付,将发生不当得利的问题。^[65]面对这一价值判断结论,存在或有期间和除斥期间两种不同的理解方式。

依或有期间的理解方式,在该“六个月”期间届满之前,债权人是否对保证人享有权利属待定状态,或有或无。若债权人在该期间届满之前为相应行为,即一般保证中的债权人向债务人提起诉讼或申请仲裁,连带保证中的债权人向保证人提出承担保证责任的要求,则债权人确定取得对保证人的权利;否则,债权人确定无法取得这一权利。由于在债权人为相应行为之前,其并不对保证人享有现实的权利,则在逻辑上无法适用除斥期间。^[66]

依除斥期间的理解方式,此时债权人对保证人享有“担保权”,而立法者为了尽快明确债权人和保证人的担保关系,要求债权人在该期间内及时行使权利,否则该权利不可回复地消灭。^[67]相应的,持这种理解的讨论者,自然会将该种期间解释为除斥期间,并且据此认为无须另行规定或有期间制度。

对于这两种理解方式,须区分期间届满前后两个不同阶段分别考察:

在保证期间届满前,于一般保证中,依《担保法》第25条第2款之规定,只有在债权人向债务人提起诉讼或申请仲裁之后,保证人才有可能实际承担保证责任,债权人才有可能从保证人处获得给付。而在此之前,即便认可债权人对保证人享有观念上的“请求权”,但由于这一“请求权”无法实际得到满足,也不具有诸如转让、出质等一般权利的其他权能,因此并未影响债权人和保证人之间的利益安排,不涉及价值判断,而仅仅是解释选择范畴内的理解方式分歧。对

[65] 诚然,学界对于“保证人免除保证责任”的文义有不同理解,其核心分歧就在于,在保证期间届满后,保证人自愿承担保证责任的,事后得否请求不当得利返还的问题。鉴于这一问题本身并非本文所要论证的对象,此处且采通说,即认为保证期间届满之后,债权人对保证人确定不享有权利,若保证人自愿给付,将发生不当得利返还的问题。参见张谷,见前注[62],第124—125页;崔建远:“保证债务与诉讼时效”,载《人民法院报》2003年6月6日,第3版;孔祥俊:“保证期间再探讨”,《法学》2001年第7期,第56—57页。

[66] 参见王轶,见前注[58],第159页。

[67] 参见耿林:“论除斥期间”,《中外法学》2016年第3期,第624页。

此,若依除斥期间的理解方式,须人为地拟制一个有名无实的“权利”,〔68〕逻辑更为周折;而或有期间的理解方式则可以直接适用。此处,或有期间的理解方式逻辑更为融贯。当然,在一般保证人陷入破产的情况下,则其所保证的债务加速到期,且不再享有先诉抗辩权,此时一般保证人的地位实际上与连带保证人无异。〔69〕在连带保证中,依《担保法》第26条之规定,在主债务履行期届满后、保证期届满前,债权人可以直接请求保证人承担保证责任。对此,除斥期间的理解方式不存在障碍。而依或有期间的理解方式,则存在如下疑问:其一,若债权人未要求保证人承担保证责任,而保证人主动清偿,债权人得否受领?显然,此时并无理由禁止债权人受领保证人的主动清偿。但在逻辑上,由于未向保证人发出清偿的要求,债权人尚不享有这一权利,要使其得以受领保证人的主动清偿,不免要在逻辑上稍作变通。其二,既然债权人对保证人的债权请求权自“要求保证人承担保证责任”时方才取得,那债权人又是依何权利“要求保证人承担保证责任”呢?要将此处解释圆满,又须加入一个程序性权利,颇为繁冗。综上,对于一般保证,或有期间的理解方式在逻辑上更为融贯;对于连带保证,在逻辑的融贯和简练两个方面,或有期间的理解方式都比除斥期间稍逊一筹。

在保证期间届满时,若债权人一直无所作为,则其确定不享有请求保证人承担保证责任的权利;若债权人在保证期间内向一般保证中的债务人提起诉讼或申请仲裁,或向连带保证中的保证人要求承担保证责任,则债权人与保证人之间确定发生债权债务关系,并起算诉讼时效。对此,或有期间和除斥期间的理解方式均无逻辑障碍。

②检验期间。在对买受人检验期的理解方式上,同样也须区分期间届满前后两个阶段分别考察:在检验期届满前,若买受人尚未检验标的物,则标的物是否符合约定处于未知状态,买受人自然无法向出卖人主张违约责任。此时,依或有期间的理解方式,买受人尚未取得主张出卖人违约责任的权利;而依除斥期间的理解方式,由于买受人对标的物瑕疵处于未知状态,即便其享有请求权,客观上也无从行使。两种理解方式在此并无差别。但问题在于,在买受人检验标的物之前,若出卖人主动发现标的物瑕疵并自愿承担如更换、减少价款等违约责任,买受人是否有权受领?若因该瑕疵造成合同目的不能实现,买受人得否不再另作瑕疵通知,而直接依《合同法》第94条第4项行使法定解除权?就价值判断而言,标的物瑕疵客观存在,出卖人自愿承担违约责任,理当准许买受人受领;若该瑕疵致使合同目的不能实现,考虑到出卖人已经知晓该瑕疵,买受人的瑕疵通知已无意义,也应准许买受人直接解除合同。对此,依除斥期间的理解方式,买受人在受领瑕疵标的物时,即享有请求出卖人承担违约责任的权利,受领补正是该权利应有之义,若瑕疵已导致合同目的不能实现,法定解除权也随即产生;而依或有期间的理解方式,此时买受人尚未取得请求出卖人承担违约责任的权利,也未获得法定解除权,

〔68〕 同上注,第624页。

〔69〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》第4条规定:“保证人被裁定进入破产程序的,债权人有权申报其对保证人的保证债权。主债务未到期的,保证债权在保证人破产申请受理时视为到期。一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的,人民法院不予支持……”

要使买受人有权受领出卖人的补正或解除合同,则须突破逻辑,或在买受人进行通知之外设立其取得权利的特别规则。此处,除斥期间的理解方式逻辑更为融贯。

在检验期届满后,若买受人未就标的物瑕疵通知出卖人,则买受人确定不享有向出卖人主张违约责任的权利;若买受人已就标的物瑕疵通知出卖人,则买受人向出卖人主张违约责任的请求权起算诉讼时效。对此,或有期间与除斥期间两种理解方式并无不同。

另外,在适用范围上,或有期间的理解方式适用于请求权自无疑问,而对除斥期间得否适用于请求权则存在不同见解。^[70]若认为除斥期间不得适用于请求权,则将除斥期间的理解方式适用于保证期间和买受人检验期间,也将有损逻辑融贯。^[71]

2.或有期间理解方式的抽象性及体系效应

尽管试图将保证期间作为除斥期间加以理解的学者不在少数,^[72]但如前所述,这种理解方式在逻辑融贯上有所折扣。为此,另有不少学者将保证期间理解为既不同于诉讼时效也不同于除斥期间的特殊期间类型。^[73]这一理解方式为了维护逻辑的融贯而放弃了理解方式的抽象性。正是由于抽象性的缺位,在既有的民法学语境下,“特殊期间”的理解方式与单纯地认为“保证期间既不是诉讼时效也不是除斥期间”相比,并未增加理解收益,也未减轻思维负担,毋宁只是维护逻辑融贯的权宜之计。若或有期间的理解方式不具备抽象性,则与这一无名的“特殊期间”并无本质区别,其概念存在的正当性也就难以证成。

或有期间这一概念是针对买受人检验期间和保证人保证期间提出的,其理解方式最初也适用于此。反对或有期间概念的讨论者曾就此提出质疑,认为或有期间这一理解方式仅仅适用于特别领域,而不具有普遍意义。^[74]但事实上,或有期间的理解方式还可以适用于更为广阔的情形。例如,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第20条规定:“当事人约定,发包人收到竣工结算文件后,在约定期限内不予答复,视为认可竣工结算文件的,按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的,应予支持。”在

[70] 除斥期间最大的特点在于期间届满导致权利不可回复地消灭。而除形成权外,尚有部分请求权所适用的期间也具备这一特点。如《物权法》第245条第2款规定“占有人返还原物的请求权,自侵占发生之日起一年内未行使的,该请求权消灭。”以及《合同法》第104条第2款规定:“债权人领取提存物的权利,自提存之日起五年内不行使而消灭,提存物扣除提存费用后归国家所有。”学界对是否将这些期间归为除斥期间存在争议。事实上,这一问题也属于解释选择问题,无论是否将其解释为除斥期间,都不会影响这些规则的具体适用。

[71] 崔建远坚持除斥期间仅适用于形成权,并指出:“在海峡两岸,民法学说将除斥期间的对象限定在形成权,已为历史,被人们所熟悉,成为前见,不应轻易将之抛弃。”参见崔建远:“论检验期间”,《现代法学》2018年第4期,第89页。

[72] 参见甄增水:“解释论视野下保证期间制度的反思与重构”,《法商研究》2010年第5期,第115页;曹士兵:《中国担保问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社2001年版,第140页;奚晓明:“论保证期间与诉讼时效”,《中外法学》2001年第6期,第58页。

[73] 参见张谷,见前注[62],第124页;孙鹏主编:《担保法精要与依据指引》,北京大学出版社2011年版,第105—107页;高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第113—114页。

[74] 参见冯珏,见前注[26],第148页。

这一规定中的“约定期限”，其实可以理解为一种约定的或有期间。发包人若未在该期间内对竣工结算文件表示异议，则确定不能取得请求另行结算的权利；即便事后证明该竣工结算文件确有错误，发包人也只能按照该竣工结算文件给付工程价款。又如，《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第11条规定：“独立保函具有下列情形之一，当事人主张独立保函权利义务终止的，人民法院应予支持：（一）独立保函载明的到期日或到期事件届至，受益人未提交符合独立保函要求的单据……”这一规定中的“独立保函载明的到期日或到期事件届至”，本质上是或有期间的终期。在这一期间届满之前，若受益人提出单据相符的付款请求，即可获得独立担保项下的付款请求权；否则，受益人将确定不能获得付款请求权。^{〔75〕}再如，《海商法》第82条规定：“承运人自向收货人交付货物的次日起连续六十日内，未收到收货人就货物因迟延交付造成经济损失而提交的书面通知的，不负赔偿责任。”这一规定中的“六十日”，也可以理解为或有期间：若收货人在这一期间内就货物因迟延交付造成的经济损失向承运人提交书面通知，则获得请求承运人赔偿的权利；反之，则无权请求承运人赔偿。

从理解方式的体系效应方面考察，或有期间的理解方式除可以适用于类似买受人检验期和保证期此种结构类型的期间之外，在形式上，至少还可以涵盖无权代理中被代理人的追认期间，以及受要约人的承诺期间。在无权代理的场合，依《民法总则》第171条及《合同法》第48条，相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。若被代理人在该期间内追认，则可取得合同债权；若期间届满时被代理人仍未追认，则被代理人确定不能取得合同债权。^{〔76〕}受要约人的承诺期间与此类似。在要约人发出一项附承诺期限的要约的情形，若受要约人在该期间内作出承诺，则可取得合同债权；若期间届满时受要约人仍未作出承诺，则受要约人确定不能取得该合同债权。^{〔77〕}只要不存在其他影响合同效力的法律事实，这两种情形在形式上完全符合或有期间的理解方式，但其并不处于或有期间概念最初试图涵盖的范围。事实上，对这两种情形的理解也完全无须借助于或有期间的理解方式。但无论如何，主张或有期间概念的讨论者如欲在下一阶段的讨论中进行补强论证，有必要更进一步地考察并说明这种新的理解方式可能带来的体系效应。

〔75〕 参见刘斌：“独立担保的独立性：法理内涵与制度效力——兼评最高人民法院独立保函司法解释”，《比较法研究》2017年第5期，第42页。

〔76〕 此外，民法中类似的“效力待定”期间还存在于限制民事行为能力人订立合同以及无权处分的情形。但这两种情形与无权代理不同：在无权代理的场合中，被代理人一经追认，其就确定成为合同当事人，也就取得了合同债权；但在前述两种情形中，无论是法定代理人还是真实权利人的追认，都不会使其自己成为合同当事人，也不会因追认而取得相应权利。因此，这两种情形下的“效力待定”期间在形式上无法被归入或有期间。

〔77〕 对此，《合同法》第28条规定：“受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。”在笔者看来，受要约人逾期作出的承诺，在逻辑上当然是新要约。若要约人及时通知受要约人该承诺有效，这一通知其实也就是针对新要约的新承诺。是故，此时原受要约人所取得的合同债权，不同于其在原要约期限之内作出承诺的情况下取得的债权。至少在逻辑上如此。当然，这也是一个解释选择问题。

3.或有期间理解方式的“惯性原理”考察

在对买受人检验期和保证期的理解上,相对于或有期间,无论是除斥期间还是无名的特殊期间,都属于既有的理解方式。如前文所述,在逻辑的融贯与简练上,相较于除斥期间,或有期间的理解方式尚未带来理解收益上的压倒性优势;但相较于无名的特殊期间,由于或有期间的理解方式具有抽象性,因而减轻了人的思维负担,带来了较为明显的理解收益。

对此,主张以除斥期间的理解方式对买受人检验期和保证期加以理解的讨论者,无疑将会更倾向于坚持以往的主张,而难以接纳或有期间的理解方式。相较之下,将买受人检验期和保证期作为无名的特殊期间加以理解的讨论者,则更有可能认同或有期间的理解方式。但与此同时,这一新的理解方式也将带来体系效应,其副作用尚未被充分考察。这或许也是学界目前对或有期间的理解方式普遍持谨慎态度的原因之一。

(三)或有期间对解释选择对象理解的表达

1.或有期间概念的用语习惯考察

考察或有期间这一表达方式,不难发现,其严格地遵循了“种差+相邻属概念”的构词公式。质疑或有期间这一表达的讨论者认为,“用‘或有’来修饰‘期间’,可能会让人产生疑惑。似乎此‘期间’仅在有时存在,有时又不存在……一旦法律作出了选择,那么时间或者限制法律关系的变动,或者不限制法律关系的变动,不存在或然性,因而不宜用‘或有’来修饰期间。”^{〔78〕}事实上,尽管以“或有”作为“期间”这一相邻属概念的种差,但或有期间这一概念并非意在表达该“期间”本身是或有或无的,而是意在表达,在该期间之内,民事主体的相应权利处于尚未确定状态,因而该权利或有或无。无独有偶,相同的情形还可见于“除斥期间”这一概念。“除斥”作为“期间”的种差,也并非意在表明该“期间”被“除斥”,而是指适用该期间的权利被“除斥”。就此而言,或有期间这一概念与“除斥期间”有着相同的构成方式。鉴于“除斥期间”概念已被学界广泛接受,应当认为或有期间的概念构成遵循了既有的用语习惯。

2.或有期间概念表达的充分与准确

或有期间概念的提出者意在通过这一概念统摄买受人检验期与保证期,并主张将其作为立法技术的剩余在《民法总则》中加以规定。^{〔79〕}在建议条文中,关于或有期间的概念性规定是,“或有期间是决定当事人能否取得相应请求权、形成权等权利的期间。买卖合同中的异议期间、保证责任期间等属于或有期间。”^{〔80〕}此处,讨论者意欲以或有期间这一概念统摄的买受人检验期间与保证人保证期间均已明确列举,但不可忽略的是,这一概念性规定中的“等”字,使得这一规则的适用具有了开放性,即除检验期间和保证期间之外,或有期间的规则还可能适用于其他期间。那么,这一规则就不仅仅是立法技术的剩余,而有了提取公因式的意味。随之而来的问题是,除了买受人检验期和保证期,或有期间这一概念还有何所指?学界对此尚未形

〔78〕 冯珏,见前注〔26〕,第141页。

〔79〕 参见王轶,见前注〔58〕,第159页。

〔80〕 王轶,见前注〔58〕,第159页。

成共识。在此情况下,前述概念性规定中的“相应请求权、形成权”,就稍显言不尽意。就此而言,要增加或有期间概念表达的充分性与准确性,还须进一步明示其外延,并以更具体、更富实质含义的限定语来对其进行定义。

六、结 论

毋庸讳言,解释选择是一种极富主观性的活动。与事实判断和价值判断不同,解释选择的结论并无真伪、对错之分,也无法从公平正义的角度获得优位性,但其仍有矩可循。基于绝大多数民法学同行所分享的前见和基本理性,可以构建出民法解释选择问题的分析框架,进而得以对不同的解释路径进行剖析和评判。本文所构建的分析框架可归结如下:

1. 解释选择的对象是一定的事实判断和价值判断结论,不同讨论者须先就此达成共识,方可展开后续环节的讨论,否则可能导致“关公战秦琼”。

2. 在对同一解释选择对象存有多种理解方式的情况下,逻辑越是融贯、简练,所能适用的对象越多,给既有民法理论体系带来的副作用越小的理解方式,则越是可取。同时,如果存在通行的既有理解方式,则提出新理解方式的讨论者将承担更重的论证责任。

3. 在对相同理解存有不同表达方式的情况下,表达用语越是符合语言共同体所分享的用语习惯,越不易与既有概念相混淆,对意义的表达在准确性和开放性上越是求得平衡的表达方式,则越是可取。

虽然分析框架的建立并不必然给诸多解释选择问题带来共识,但至少为不同讨论者提供了一个有助于互相理解的讨论平台:一方面,建立在基本理性之上的评判标准可以有效避免解释的恣意性,防止讨论成为纯粹个人偏好的表达;另一方面,借由这一分析框架,在解释选择上坚持不同结论的讨论者可以准确判断分歧之所在,理解对方解释的前见,并明确双方在何种程度上存在共识。

运用这一分析框架对或有期间概念进行考察可以发现,这一概念未获学界普遍接受的原因大致有三:其一,在解释选择的对象上,或有期间概念主要意图涵盖买受人检验期和保证人保证期,但学界对于这两个期间规则本身的正当性尚存质疑。这一价值判断层面的分歧使得解释选择的对象难以统一。其二,在理解方式上,就买受人检验期和保证人保证期而言,或有期间和除斥期间两种理解方式在逻辑的融贯与简练上各有优劣,前者尚未呈现出显著优势;而相较于无名的特殊期间,或有期间的理解方式更具抽象性,但由此带来的体系效应尚未被充分考察。其三,在表达方式上,或有期间概念的表达遵循了“种差+相邻属概念”的构词公式,符合用语习惯;但独特而稍显复杂的理解方式使或有期间具有较高的理解难度,这对其表达的充分性和准确性提出了更高要求,而其目前的表达方式稍显言不尽意。尽管如此,或有期间概念的提出也并非没有意义:一方面,其至少证明了并非所有民事事实定法中的期间类型均可通过现有期间概念妥当地理解和表达;另一方面,关于期间对权利之影响,或有期间在理解方式上开辟了新的视角,不失为一次具有破冰意义的尝试。

新的解释路径固然应当经受质疑和批评,但与此同时,有意识地区分问题的维度和属性,并关注讨论的基本范式,其重要性往往不亚于所讨论的问题本身。惟有如此,不同讨论者才能最大程度达致理性层面的互相理解,最终为共识的凝聚创造更多可能。

Abstract: In civil-law jurisdictions, like China, it is vitally important to distinguish determining facts and making value judgement from framing and phrasing the conclusions of fact determination and value judgement. Legal academics in China have been widely aware of the importance of such a distinction. Nonetheless, existing literature has not paid adequate attention to the analytical methods of legal-doctrine framing and wording. This paper advances a three-step analytical framework: the identification of the issue, the apprehension of the issue and the expression of the apprehension. Different framing and wording choices in each of the three steps may lead to different conclusion. However, a shared analytical framework serves to, on the one hand, provide criteria to evaluate the soundness of different framing and wording choices, and on the other hand, to promote mutual understandings among academics with different framing and wording preferences. To illustrate the analytical framework, this paper takes the issue of whether the Civil Code of China shall adopt the concept of Contingent Period as an example.

Key Words: Framing and Wording Choices; Analytical Framework; Contingent Period; Methodology of Civil Law

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:林昱睿)